

Rekabet Kurumunun avukat/müvekkil ilişkisinin gizliliğine yaklaşımı

Cihan Bilaçlı

Yakın zamanda yayımlanan *Storytel* ve *Oriflame* kararları¹ Kurul'un avukat/müvekkil ilişkisinin gizliliğine yönelik istikrarlı yaklaşımını ortaya koyuyor. Her iki dosyada da teşebbüsler yerinde inceleme esnasında alınan bazı belgelerin alıcısının veya göndericisinin bağımsız bir avukat olduğu ve iade edilmesi talep edilmiştir. Ancak Kurul bu talepleri önceki içtihatlarına atıf yaparak kabul etmemiştir.

Avukat/müvekkil ilişkisinin gizliliği Türk hukukunda başta Anayasa'nın 36. maddesindeki adalet arama hakkı olmak üzere 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46 ve 130. maddeleri ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde² temelini bulmaktadır. Bu hükümler, avukatlara müvekkillerinin bilgilerini ifşa etmeme görevi yüklemekte, müvekkilleri aleyhine tanıklık etmekten muaf tutmakta ve kamu kurumlarının el koyduğu belgelerin, ilgili olması halinde gizliliğinin korunmasını öngörmektedir. İmtiyaz ilkesinin AİHS'deki kaynağının yazışmaların korunması ve gizlilik ilkesinin düzenlendiği 8. madde ile adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. madde olduğu söylenebilecektir. AİHM'in bir kararında avukatların müvekkilleri ile aralarındaki bilgi alışverişinin gizli kalacağına garanti olmadığı durumda kendilerine yüklenen görevi icra edemeyeceği ve aralarındaki güven ilişkisinin avukatların görevlerini layıkıyla yerine getirebilmeleri için elzem olduğu belirtilmektedir³.

4054 sayılı Kanun'da avukat/müvekkil ilişkisinin gizliliğine yönelik doğrudan özel bir hüküm bulunmamaktadır; ikincil düzenlemeler ile Kurul ve mahkeme içtihatlarıyla şekillenmiştir. Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz'da avukat/müvekkil ilişkisinin gizliliği ilkesinden yararlanmak için birlikte sağlanması gereken iki koşuldan bahsedilmektedir: (i) ilgili belge teşebbüs ile aralarında istihdam ilişkisi olmayan bağımsız bir avukat arasında olmalıdır, (ii) belge teşebbüsün savunma hakkının kullanılması ile ilgili olmalıdır. Bunun yanında, doğrudan teşebbüsün savunma hakkının kullanılmasıyla ilgili olmayan ve teşebbüsün devam eden veya ileride işlenecek bir ihlali gizlemesine yardım eden konular içeren belgelerin gizlilik ilkesinden yararlanamayacağı da ifade edilmektedir. Bu Kılavuz öncesinde Kurul, AB'deki mahkeme kararlarına⁴ da atıf yaparak Kılavuz'daki şartları pek çok kararında⁵ aynen sıralamıştır. Meslek personeli gizlilik ilkesinden yararlanabilme

¹ 23-16/274-94 ve 23-39/735-252 sayılı kararlar

² Kurul CNR kararında, imtiyazın dayanağı olarak diğer düzenlemelerle birlikte, bu maddede yer alan sır saklama yükümlülüğüne atıf yapmıştır. Ancak sır saklama yükümlülüğü ile avukat müvekkil arasındaki ilişkinin gizliliğine ilişkin imtiyaz birbirinden farklı kavramlardır. Bu konuda detaylı bir çalışma için bkzn. Sarıaslan, Öykü; "Rekabet Hukukunda Avukat Müvekkil Yazışmalarına Tanınan Mesleki Hukuki İmtiyaz", 2022.

³ Başvuru no: 12323/11 Michaund v. Fransa

⁴ 155/79 sayılı AM&S Europe Limited (1982), T-125/03 ve T-253/03 sayılı Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission (2007)

⁵ 09-16/374-88, 09-46/1154-290, 15-42/690-259, 16-42/686-314, 19-04/36-14, 19-40/670-288, 20-32/405-186, 21-24/287-130 sayılı kararlar

ihtimali olan belgeleri resen göz ardı edememekte ve belgeleri mühürlü bir zarfa koyarak Kurul'un önüne getirmektedir. Bu uygulama imtiyaz hakkının etkin şekilde kullanılmasına engel olduğu yönünde eleştirilebilir; zira imtiyaza konu olabilecek belgelerin inceleme konusu ile ilgili nihai karar alacak organın incelemesine sunulması, ilgili organın görüşlerini ve alınan kararın objektifliğini olumsuz etkileyebilecektir. Bununla birlikte, idari otoritenin imtiyaz korumasını resen dikkate alma yükümlülüğü bulunmamaktadır, itirazlar taraflarca idari süreç aşamasında⁶ ileri sürülmelidir.

Bir kararda⁷ e-postanın bilgi bölümünde bağımsız avukatın isminin yer alması belgenin imtiyaz korumasından faydalanması için yeterli görülmemiştir. Belgenin teşebbüs hukuk müşaviri ile teşebbüs yetkilileri arasındaki e-postaya ilişkin olması ve bağımsız avukat ile yapılan yazışma niteliği taşıması nedeniyle ilgili belgelerin imtiyaz kapsamında olmadığına karar verilerek iade talebi reddedilmiştir. Bir diğer kararında, imtiyaz korumasından faydalandığı iddia olunan ve ihlale dayanak teşkil eden ifadeleri içeren e-postanın ilgili teşebbüs tarafından dernek üyesi tüm teşebbüslere atıldığı ve yazışmanın muhatabı olan avukatın ilgili teşebbüsün değil derneğin avukatı olması nedeniyle söz konusu yazışmaların imtiyaz kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır⁸.

Bir başka kararda, yerinde inceleme esnasında bağımsız bir avukat tarafından hazırlanan iç denetim raporunun alınmasına ilişkin teşebbüs tarafından yapılan itirazlar raporun savunma hakkının kullanılmasıyla doğrudan ilgili olmaması gerekçesiyle Kurul tarafından reddedilmiştir. Kararın yargıya taşınması üzerine ilk derece mahkemesi Kurul kararını iptal etmiş⁹ ancak Ankara Bölge İdare Mahkemesi (BİM) denetim raporunun "*İçerik itibarıyla 4054 sayılı Kanun'un ihlali sonucunu doğuracak nitelikte ifadeler ve değerlendirmeler içerebileceği dikkate alındığında, davacı şirket hakkında daha önce davalı idare tarafından rekabet mevzuatında belirlenen ilkelerin ihlalinin dolaylı başlatılmış bir soruşturma veyahut bu soruşturma neticesinde tesis edilmiş bir idari işlemin iptali istemiyle açılmış bir davanın raporun düzenlendiği tarihte henüz bulunmaması nedeniyle anılan raporun savunma hakkı kapsamında doğrudan kullanılmak üzere hazırlanmış bir rapor olduğundan söz edilmesine imkan bulunmadığı*" gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır¹⁰. Karar imtiyazdan hangi zamanlarda yararlanılabileceğine dair yol göstermektedir; buna göre teşebbüs hakkında bir dosya başlamadan önce yapılan yazışmalar imtiyazdan yararlanamayacaktır. İlgili kararında BİM, rapor içeriğinin inceleme konusuyla bağlantısı olup olmadığını açık biçimde ortaya koymadan, belgenin yalnızca idari sürecin başlamasından önceki tarihli olması nedeniyle savunma hakkı kapsamında olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Bu uygulama, AB'nin yürütülen idari sürecin konusu ile alakalı olan önceki tarihli yazılı iletişimi imtiyaz kapsamında sayan uygulamasından farklılaşmaktadır¹¹. Söz konusu Bölge İdare Mahkemesi kararı temyiz sürecinde onanmıştır¹². Kanaatimizce, inceleme sürecinin konusuyla bağlantılı olan önceki

⁶ Kılavuz'da itirazların hangi aşamada ve ne şekilde ileri sürüleceğine yönlük usul detaylarına yer verilmemiştir.

⁷ 19-40/670-288 sayılı karar

⁸ 21-11/155-64 sayılı karar

⁹ T.C. Ankara 15. İdare Mahkemesi, 16.11.2017 tarihli, E:2017/412, K:2017/3045 sayılı karar

¹⁰ T.C. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi, 10.10.2018 tarihli, E:2018/658, K:2018/1236 sayılı karar.

¹¹ Sariaslan (2022), s.38

¹² Danıştay 13. Dairesi, 05.07.2022 tarihli, E:2019/865, K: 2022/3005 sayılı karar

tarihli yazışmaların da imtiyazdan faydalanmasının sağlanması, teşebbüslerin henüz idari bir süreç bulunmazken davranışlarının yasa ile uyumlaştırılmasına yönelik arzularının korunması ve savunma hakkının etkin şekilde kullanılabilmesi için daha isabetli bir yorum olurdu.

Sonuç olarak, yakın zamanda yayımlanan kararlar bu konudaki Kurul yaklaşımını bir kez daha ortaya koydu. Buna göre, yerinde incelemeler esnasında alınan belgelerin avukat/müvekkil imtiyazlı ilişkisinden yararlanabilmesi için iki koşulu birlikte sağlaması gerekiyor: (i) bağımsız bir avukatla ilişkiden kaynaklanmalı, (ii) savunma hakkının kullanılmasıyla doğrudan ilgili olmalı. Söz konusu iki şart sağlanmadığında bu yöndeki itirazların istikrarlı şekilde kabul edilmediğini, mahkemelerin de bu yaklaşımı onayladığını söyleyebiliriz. Bununla birlikte, gizlilik imtiyazının özünün korunmasına ve mevcut uygulamanın iyileştirilmesine katkıda bulunabilecek bazı adımlar atılabilir. Başlangıç olarak incelemeye konu iddialara yönelik idari sürecin öncesinde hazırlanan belgelere yönelik imtiyaz itirazlarının salt tarihe bakılarak reddedilmemesi, imtiyazlı belgelerin soruşturma heyetinin erişimine açılmadan önce teşebbüslere gizlilik değerlendirmelerini ve itirazlarını yapmaları için süre tanınması ile imtiyaz itirazlarının nihai karar mercii olan Kurul dışında çözümlenmesine yönelik tedbirlerin alınması önemli kazanımlar sağlayabilir. Bunun yanında, idari ve mahkeme süreçlerindeki zaman uyumsuzluğundan kaynaklanan sorunların önüne geçilebilmesi adına imtiyaz iddiasına konu olan Kurul kararlarına yönelik yürütülen davalarda mahkemelerin yürütmeyi durdurma mekanizmasını daha özenli kullanmasına ve bu konudaki davaların acele işlerden sayılmasına yönelik mevzuat değişikliği yapılması savunma hakkının daha etkin kullanılmasına yardımcı olabilir.

Bu makalede yer alan açıklamalar, yazarının konu hakkındaki kişisel görüşünü yansıtmaktadır. Makaledeki bilgi ve açıklamalardan dolayı EY ve/veya Kuzey YMM ve Bağımsız Denetim A.Ş.'ye sorumluluk iddiasında bulunulamaz. Mevzuatın sık değiştirilen ve farklı anlayışlarla yorumlanabilen yapısı nedeniyle, herhangi bir konuda uygulama yapılmadan önce konunun uzmanlarından profesyonel yardım alınmasını tavsiye ederiz.